

Sentencia T-507/16

MANEJO DE PARTES DEL CUERPO RETIRADAS POR MEDIO DE PROCEDIMIENTOS QUIRURGICOS-Caso de joven que solicitó a clínica la devolución de la extremidad que le fue amputada en procedimiento quirúrgico, para inhumarla de conformidad con sus creencias religiosas

De conformidad con el marco legal, la extremidad amputada al accionante, es un residuo anatomopatológico cuyo destino usual es la incineración. Para la Corte es claro que existe disposición normativa aplicable al caso objeto de estudio. La determinación de desactivar los restos humanos generados por la práctica de intervenciones quirúrgicas corresponde a la protección de la salubridad pública, pues tales productos representan un riesgo sobre la salud humana y animal.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA-Concepto

LIBERTAD DE CONCIENCIA-Evolución del concepto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Concepto y alcance

La excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales.

Se presenta cuando no se adoptan a tiempo los correctivos necesarios para el restablecimiento de las garantías fundamentales reclamadas. En ese sentido, se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Se incineró la extremidad

amputada del actor

MANEJO DE PARTES DEL CUERPO RETIRADAS POR MEDIO DE PROCEDIMIENTOS QUIRURGICOS-Normatividad

SALUBRIDAD PUBLICA Y PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA-Tensión

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA-Facultad que tienen las personas para actuar, profesar y difundir sus convicciones de manera individual o colectiva

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA-Es posible objetar en conciencia el cumplimiento de las normas que reglamentan la gestión integral de los residuos generados en la atención en salud y otras actividades, cuando éstas limitan la libertad de conciencia

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA-Vulneración por parte de clínica al proceder a la incineración del miembro amputado del accionante

Referencia: Expediente T-5.527.802

Acción de tutela formulada por Rubén Darío Álvarez Toro obrando como agente oficioso de Diego Alejandro Botero López, contra Clínica las Américas, Patología Las Américas S.A., Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Secretaría de Salud de Medellín.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., diez y seis (16) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

En el proceso de revisión del trámite de tutela que concluyó con el fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado Primero Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Medellín, el 3 de febrero de 2016; dentro del proceso de amparo

instaurado por Rubén Darío Álvarez Toro obrando como agente oficioso de Diego Alejandro Botero López contra Clínica las Américas, Patología Las Américas S.A., Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Secretaría de Salud de Medellín.

Mediante auto de 27 de mayo de dos mil dieciséis 2016, la Sala de Selección Número Cinco escogió el expediente de la referencia y lo asignó, previo reparto, al magistrado Alberto Rojas Ríos para efectuar su revisión de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, indicando como criterio de selección objetivo: asunto novedoso.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1 Diego Alejandro Botero López de 19 años de edad fue diagnosticado desde 2014 con osteosarcoma en la pierna izquierda (cáncer en el hueso). Después de someterse a diversos tratamientos médicos (prótesis interna de rodilla en titanio y un injerto de tibia en material de osteosíntesis) que no restablecieron su salud, tuvo que someterse a una intervención quirúrgica en la cual le amputaron su extremidad inferior izquierda.

1.2 El señor Botero profesa la religión católica y tiene la creencia que esa parte de su cuerpo debe ser sepultada en campo santo “donde tenga certeza que para el día de su resurrección todo su cuerpo repose completo en un lugar santo y como Dios manda para la resurrección y no como se lo han dicho, que es un desecho que se debe votar y eliminar porque ya no sirve y no es importante.”. Su agente oficioso agrega que para el actor “es una parte importante de su cuerpo que lo acompañó durante 18 años y a la cual le realizó un proceso de duelo admirable.”[1].

El accionante solicitó la entrega del miembro amputado ante la Clínica las Américas, quien le informó que el encargado del tratamiento de la pierna le correspondía al departamento de patología de ese centro médico “debido a que son estos los encargados de recepcionar el elemento y realizar su posterior análisis, para así definir la disposición final”[2].

1.3 Expone que pese a efectuar varios requerimientos ante el referido laboratorio de patología, no le entregaron la pierna amputada porque debía adjuntar una autorización

administrativa por parte de la Dirección de Salud de Antioquia. También le fue informado al accionante que en caso de no adjuntar el documento requerido se procedería a incinerar y desechar el residuo biológico.

1.4 El señor Botero López solicitó a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia autorización para “conservar la extremidad bajo el sistema de plastinación el cual busca garantizar un óptimo proceso de conservación de material biológico sin que la parte tratada represente algún peligro de riesgo biológico para los familiares o la comunidad”[3]. En sentido similar presentó solicitud ante la Secretaría de Salud de Medellín, obteniendo respuesta adversa a su pretensión por parte de ambas entidades.

Al no tener otro mecanismo para detener el proceso de eliminación de su pierna amputada, interpuso acción de tutela por la presunta vulneración de los derechos a la salud física y mental, la dignidad humana, la libertad de cultos y creencias religiosas, que tiene lugar el accionar de la Clínica las Américas toda vez que no le entregó su pierna amputada.

A su vez, el accionante solicita que se resuelvan los siguientes interrogantes: ¿Si hoy ingreso a un hospital y me amputan la pierna esa pierna es un desecho, el día de mañana llego a un hospital y muero, también voy a ser un desecho? ¿Por qué un feto si lo regresan a sus familiares y mi pierna no? ¿cuál es la diferencia si el feto ni siquiera llega a ser persona? ¿si muero lo más probable es que entreguen mi cuerpo a mis familiares sin exigirles un requisito especial o carta de autoridad competente, pero hoy mi pierna no me la quieren entregar a mí que soy su dueño y me exigen unos requisitos legales? ¿si hoy mi pierna es un riesgo biológico, mañana mi cuerpo inerte también lo será? ¿porque mi pierna es un riesgo biológico aún hoy, después de que ya lleva más de cuatro meses en un frasco con formol, y durante un año que mi pierna estuvo expuesta con una herida abierta y con varios procedimientos quirúrgicos, no lo fue?

1.5 Por último el señor Botero López solicitó como medida provisional que se suspendiera el procedimiento de incineración y eliminación del miembro amputado, mientras el juez de tutela adoptaba una decisión.

2. Trámite de la acción de tutela

Admitida la demanda por auto del veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis, se corrió

traslado de la misma a las entidades demandadas para que ejercieran su derecho a la defensa y se otorgó la medida provisional solicitada.

Respuesta de las entidades accionadas

2.1 Clínica Las Américas

2.1.1 Afirmó que el procedimiento denominado como “Amputación supracondílea en miembro inferior izquierdo” del paciente Diego Alejandro Botero para el tratamiento de la patología de “osteosarcoma en tibia próxima y osteomielitis crónica de tibia”, produce un “residuo o desecho peligroso con riesgo biológico o infeccioso” de conformidad con el artículo 5º del Decreto 351 de 2014.

2.1.2 Expuso que los residuos o desechos peligrosos con riesgo biológico o infeccioso, a su vez se sub clasifican en: (a) biosanitarios, anatomopatológicos, (b) corto punzantes, (c) animales, (d) residuos o desechos radioactivos y (e) otros residuos o desechos peligrosos. Adujo que entre los residuos anatomopatológicos, se encuentran: partes del cuerpo, muestras de órganos, tejidos o líquidos humanos, generados con ocasión de la realización de necropsias, procedimientos médicos, remoción quirúrgica, análisis de patología, toma de biopsias o como resultado de la obtención de muestras biológicas para análisis químico, microbiológico, citológico e histológico.

2.1.3 Señaló que como generador de ese tipo de residuos y como responsable de la disposición final de los mismos, tiene el deber legal de garantizar el adecuado manejo intrahospitalario y la disposición final de los mismos, que como se define en el artículo 3º del Decreto 4741 de 2005.

2.1.4 Así las cosas, concluyó que de conformidad con las previsiones legales no puede acceder a la petición elevada, en el sentido de hacer entrega de ese tipo de residuos a particulares. Por ello, solicitó al juez denegar la acción de tutela dado que no se ha transgredido derecho alguno al haber actuado conforme a las directrices impartidas por las leyes que regulan la materia.

2.2 Secretaría de Salud de Medellín

2.2.1 Manifestó que el 26 de noviembre de 2015 dio respuesta al derecho de petición al

señor Diego Alejandro Botero López, informándole que no es pertinente la devolución de su extremidad inferior que fue amputada, toda vez que se trata de un residuo biológico anatomopatológico, que de conformidad con el Decreto 351 de 2014 debe ser eliminado por considerarse un riesgo para la salud humana.

2.2.2 Expresó que el tratamiento de dicho residuo debe surtir conforme con lo reglamentado en el numeral 8.2.3 del manual de gestión integral de residuos generados en los servicios de salud. Bajo este argumento, consideró que es claro el deber que le asiste a la IPS en dar tratamiento final por medio de la incineración, a los residuos hospitalarios peligrosos, como lo es en este caso la extremidad del afectado.

2.2.3 Manifestó que las Direcciones Departamentales, Distritales y Locales de Salud, tienen el deber de efectuar la inspección, vigilancia y control de la gestión interna de residuos generados en las actividades relacionadas con servicios de atención en salud, como práctica médica. Por lo anterior, señaló que el juzgado debía declarar improcedente la acción de tutela, al carecer de fundamentos fácticos que adviertan la vulneración de derechos fundamentales y en consecuencia exonerar de responsabilidad a la Secretaria de Salud de Medellín[4].

2.3 Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia

La entidad señaló que el accionante es cotizante perteneciente al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo a cargo de la EPS Sura, como se evidencia en la base datos del FOSYGA, razón por la cual esa secretaría no tiene competencia para pronunciarse sobre servicios requeridos por personas vinculadas a un régimen diferente al régimen subsidiado[5].

3. Actuaciones del Juzgado Primero Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Medellín

Debido a la falta de elementos técnicos para determinar si la solicitud realizada por el accionante generaba un potencial riesgo para la salubridad pública, la juez de primera instancia ofició al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para que le suministraran un informe sobre la viabilidad de entregar un residuo orgánico a un particular.

La entidad requerida expuso que de conformidad con los Decretos 2676 de 2000 y 351 de 2014 de la Presidencia de la República, por medio de los cuales se reglamenta el Plan de Gestión de Residuos Generadores en la Atención en Salud, incluyendo en el Art. 5º sobre la clasificación de los residuos generados en las atenciones en salud, un residuo o desecho con riesgo biológico o infeccioso se considerará peligroso, cuando contiene agentes patógenos como microorganismo y otros agentes con suficiente virulencia y concentración como para causar enfermedades en los seres humanos o en animales[6].

Afirmó que “una extremidad inferior humana amputada se denomina un residuo anatomopatológico y teniendo en cuenta el diagnóstico médico patológico, “Osteosarcoma y Osteomielitis ” se considerará peligroso por el riesgo biológico e infeccioso para la salud de otro ser humano y el ambiente”[7], por tal razón para la entidad consultada debe procederse con el proceso de eliminación toda vez que el miembro amputado es peligroso por su riesgo biológico e infeccioso debido a la presencia de agentes patógenos como microorganismos que al entrar en contacto con un ser humano puede causar enfermedad y afectar la salud.

4. Decisión objeto de revisión

Por sentencia del tres (3) de febrero de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Primero Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Medellín negó el amparo constitucional, tras estimar que ante la tensión entre los derechos a la libertad de conciencia y culto, frente a la salubridad pública, debe preferirse este último, pues el juez constitucional “no sólo debe velar por los derechos de los directamente implicados, sino evitar con sus decisiones, perjuicios a los demás coasociados, como lo son el medio ambiente y la salubridad pública.”[8].

A su vez, indicó que no es dable conceder ese tipo de pretensiones dado que el residuo que se pretende recuperar es considerado como un residuo de alta peligrosidad, tanto para el personal que lo manipula como para la comunidad, pues “no reposan elementos de juicio que infiriesen de manera razonada que con el procedimiento de plastinación, no existiese riesgo de contagio, contaminación o generación de cualquier agente que coloque en riesgo la salud de las personas, pues si bien el activo la enuncia, no aporta medio de convencimiento alguno que pudiese inferir la aplicación de esta técnica a este residuo

biológico que pudiere garantizar su contención. Más aún, cuando la misma ha sido tan específica en indicar el trámite que debe surtir sobre este tipo de elementos y cómo debe ser su cuidado, tanto del órgano gestor como de las entidades municipales encargadas de supervisar dicha gestión”[9].

Sobre la base de esos argumentos negó el amparo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

Por intermedio de agente oficioso, Diego Alejandro Botero López formuló acción de tutela porque la entidad Clínica Las Américas se negó a devolverle la extremidad inferior que le fue amputada en procedimiento quirúrgico, aun cuando el accionante expuso que tenía la necesidad de inhumarla de conformidad con sus creencias religiosas.

La demandada expuso que en cumplimiento de las disposiciones legales sobre la materia debía incinerar el miembro reclamado, pues constituía un riesgo biológico y no podía privilegiar el interés del actor en detrimento de la salubridad y seguridad pública.

El juez de instancia que conoció la acción de tutela profirió medida cautelar para que el miembro amputado, que reclama el accionante, no fuera incinerado hasta que no adoptara una decisión sobre la controversia sometida a su juicio. Esta medida estuvo vigente hasta el 3 de febrero de 2016, fecha en que se dictó providencia judicial que declaró improcedente el amparo solicitado, con base en la ponderación que se efectuó entre los derechos del ciudadano demandante y la salubridad pública.

La Corte Constitucional escogió el fallo para revisión por considerar que el asunto estudiado resultaba novedoso y de importancia constitucional. Una vez repartido el asunto a la Sala

Octava de Revisión de Tutelas, el magistrado sustanciador consideró que era imprescindible contar con mayores elementos de juicio para adoptar la decisión correspondiente, toda vez que la Sala no tenía certeza sobre la decisión que las entidades accionadas adoptaron sobre la disposición final del miembro amputado. Así las cosas, con fundamento en los artículos 64 y 65 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 02 de 2015) y con el propósito de obtener los elementos de convicción necesarios para resolver en torno a la protección constitucional reclamada, profirió un auto de pruebas de fecha 26 de julio de 2016.

Por constancia de la Secretaría General de la Corte Constitucional de fecha 5 de agosto de 2016, la entidad Clínica Las Américas informó que “en cumplimiento al mandato legal de garantizar la disposición final, PATOLOGÍA LAS AMÉRICAS S.A.S. destinó la extremidad inferior amputada del paciente DIEGO ALEJANDRO BOTERO LÓPEZ a la incineración.”[10].

3. Aclaración previa sobre el objeto de la controversia.

El accionante señala que la inhumación de sus restos corresponde a una práctica prescrita por la doctrina católica que tiene una incidencia importante sobre su ser y su vida futura. En concepto del demandante, la incineración del miembro que le fue amputado, desconoce su derecho de ejercer libremente su religión, imponiéndole una carga desproporcionada que le obliga a actuar contra sus principios y convicciones.

Aunque de conformidad con el canon 1176-3 del Código de Derecho Canónico, “la Iglesia [católica] aconseja vivamente que se conserve la piadosa costumbre de sepultar el cadáver de los difuntos”, no condena la incineración en todos los casos, sino en aquellas situaciones contrarias a la doctrina cristiana[11].

La Corte Constitucional es el intérprete autorizado de la Carta Política y suprema guardiana de su integridad, más no es un órgano con facultades para determinar cuál es el significado o sentido adecuado de una doctrina religiosa. Incluso, este Tribunal no es el lugar en el cual se deban realizar tales debates pues ellos bien podrían generarse en un escenario libre del poder del Estado, en un ejercicio pleno y auténtico de libertad religiosa.

En consideración con lo expuesto, la Corte, así como las diferentes instituciones que conforman el Estado, carecen de competencia para establecer cómo debe entender el actor

su doctrina de fe, pues la función de éste no es presidir tales debates, sino garantizar que los mismos puedan realizarse al interior de la sociedad.

De esta manera, el Estado no puede indicar al actor en qué debe creer. Tampoco puede intervenir en política religiosa. Su deber se remite a garantizar la práctica libre de la religión en un ambiente de tolerancia.

Así las cosas, en el caso objeto de estudio, la Corte no determinará si la petición elevada por el actor se fundamenta en la posición oficial de una determinada religión. El actor cree en una vida futura, cree en la inmortalidad del alma, asunto sobre el cual el derecho no debe incidir. Sin embargo, la exteriorización de dicha creencia y su incidencia en la sociedad, es un asunto que la justicia constitucional sí está llamada a analizar. Visto de este modo, no corresponde a la Corte analizar el contenido axiológico o epistémico de una doctrina religiosa o de una idea, sino su exteriorización y si la misma puede ser protegida por medio de un instrumento legal y hasta qué punto.

Sobre la base de estas consideraciones, este Tribunal efectuará su estudio.

4. Cuestión previa

Como se expuso[12], la entidad accionada informó a la Sala Octava de Revisión que la extremidad inferior amputada al ciudadano Diego Alejandro Botero López había sido incinerada de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia, luego de quedar en firme el fallo del juez de tutela de primera instancia.

No obstante, la Corte considera que el hecho referido no es óbice para pronunciarse sobre el asunto sometido a su juicio, toda vez que aún persiste un manto de duda sobre la supuesta vulneración de los derechos fundamentales aducida por el demandante.

5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Octava de Revisión resolver el siguiente interrogante: ¿apelando a razones de índole religiosa una persona puede inhumar una parte de su cuerpo que comporta riesgo biológico, aun cuando el marco legal señala que debe ser incinerada?

Sobre la base de lo expuesto, la Sala estudiará los siguientes temas: (i) concepto y

evolución jurisprudencial de la libertad de conciencia; (ii) la excepción por inconstitucionalidad; (iii) la carencia actual de objeto por daño consumado. Agotado el orden expositivo propuesto se resolverá el caso en concreto.

6. Libertad de conciencia

6.1 Concepto:

Los debates más relevantes en el derecho están relacionadas con los límites a la libertad. El constitucionalismo moderno no es ajeno al respecto; tiene mucho que decir. En apariencia, la delimitación del propio actuar parece contrastar con la atomización del individuo fundamentado en teorías libertarias[13], en contraposición con la doctrina contractualista que justifica la existencia del Estado como un ente que detenta el monopolio normativo y de la fuerza para garantizar libertades[14].

A pesar del importante debate que plantean algunos teóricos de la filosofía política sobre la justificación de la existencia del Estado, la Corte no profundizará al respecto, basta con decir que las restricciones al ejercicio de una facultad, son una de tantas formas en las que se generan tensiones al interior de los Estados que devienen en la decisión política de crear derechos. Precisamente en la génesis del que posteriormente se convertiría en el derecho a la libertad de conciencia están presentes elementos represivos frente a los que se opuso la sociedad y culminaron con la formulación del primer derecho fundamental moderno: la tolerancia[15].

La libertad para asumir un comportamiento frente a la vida, con base en las creencias personales, estuvo mediada por la tolerancia, toda vez que permitió la exteriorización de las ideas distintas y de la exigencia de respeto hacia los demás. “Junto con el derecho a la vida y a la integridad, tal vez uno de los derechos fundamentales más primarios o radicales sea aquel que corresponde a toda persona para escoger o elaborar por sí misma las respuestas que estime más convenientes a los interrogantes que le plantea a su vida personal y social, para comportarse de acuerdo con tales respuestas y comunicar a los demás lo que considere verdadero”. [16].

Desde una dogmática del derecho, es posible identificar a la libertad de conciencia como la matriz de otro conjunto de garantías, a saber: la de expresión, la de asociación y la de

participación política[17]. Esta Corte ha diferenciado entre las mismas, debido a que el hecho que un concepto sea condición necesaria para el entendimiento de otro no los hace idénticos.

En plano de la libertad religiosa, también puede aseverarse que requiere un desarrollo previo de la libertad de conciencia y que no son conceptos homologables. En ese sentido, la Corte no comparte los argumentos que señalan que las libertades referenciadas son equivalentes, pues a lo largo de la construcción jurisprudencial que ha realizado ha sido cuidadosa de diferenciar tales conceptos[18].

En lo que sigue la Sala reconstruirá las decisiones que esta Corporación ha adoptado en relación con la libertad de conciencia y la diferenciación con otro tipo de libertades relacionadas con la misma –como se indicó–, con el propósito de identificar las reglas de derecho que deben ser aplicables al asunto propuesto.

6.2 La evolución del concepto de libertad de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

6.2.1 El concepto de libertad de conciencia ha sufrido transformaciones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De manera intuitiva fue empleado sin establecer delimitaciones concretas frente a derechos relacionados con la libertad. Por ejemplo en la sentencia T-403 de 1992, el Tribunal estudio el caso de una persona que interpuso acción de tutela contra la Alcaldía del Municipio de Barbosa, porque esa autoridad le prohibió el uso de un amplificador de sonido que empleaba para proclamar la religión evangélica.

En criterio de la accionada la medida adoptada estaba fundamentada en la protección del orden público, la paz y tranquilidad de la comunidad del municipio de Barbosa, quien frecuentemente presentaba quejas y solicitaba la intervención de la autoridad, porque estaban siendo obligados a escuchar un mensaje evangélico que no compartían a un volumen exagerado, impidiéndoles conciliar el sueño, conversar o sencillamente ver televisión.

En la revisión que la Corte efectuó al respecto concluyó que la autoridad demandada no podía sustentar la intervención efectuada para proteger garantías abstractas como “la defensa del orden público”. No obstante, la Corporación consideró que la actuación de la

Alcaldía de Barbosa protegió el derecho a la libertad de conciencia de los miembros de la comunidad, si se tiene en cuenta que estaban siendo obligados a escuchar un mensaje que pugnaba con sus convicciones íntimas.

De otra parte, señaló que, contrario a lo expuesto por el accionante, no se configuró la vulneración del derecho a la libertad religiosa pues esta encuentra límites en la libertad en los derechos de las demás personas a no ser forzadas a escuchar o a ver lo que no se desea escuchar o ver[19].

Aunque no señaló de manera expresa en qué consistía la libertad de conciencia, la Corte expuso que una de las características de esa garantía implicaba no ser perturbado en la adopción de decisiones individuales. En ese sentido, la tutela propuesta por el actor no procedió porque la difusión de una doctrina religiosa debe respetar que el destinatario de ese mensaje tenga plena disposición –tenga el deseo– de recibirlo.

Debe tenerse en cuenta que la Corte no fundamentó su fallo en preceptos abstractos como: “el orden público”, “el orden político”, “el orden social”, “el orden jurídico” o “la tranquilidad pública”, para limitar la libertad individual del accionante a difundir su religión. Para la Corporación el hecho de apelar a premisas genéricas para evaluar la supuesta vulneración de derechos fundamentales deja un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad de turno que puede devenir en una restricción excesiva de la libertad[20].

Aunado a ello, la Corte señaló que debe prevalecer un criterio cualitativo –esto es, sopesar su valor relativo, según las circunstancias del caso y los efectos concretos que la restricción de los derechos podría tener respecto de las personas involucradas en la situación concreta–, frente a uno cuantitativo –basado en el número de personas posiblemente afectadas por la limitación–[21], toda vez que “[a]plicar indiscriminadamente el principio general de que el “interés general prima sobre el particular” puede constituirse en un camino fácil para el desconocimiento de los derechos individuales, en desmedro de las minorías y la posición especial que ocupan en un sistema democrático participativo y pluralista”[22].

Así las cosas, la sentencia T-403 de 1992 constituyó un precedente importante para la solución de casos posteriores, en los cuales debería tenerse en cuenta los límites al ejercicio de la libertad, la evaluación concreta de las situaciones sometidas a examen por parte de

los jueces sin apelar a preceptos abstractos y la adecuación de las decisiones a la protección del individuo, dejando de lado fundamentaciones de tipo utilitario.

6.2.2 Con posterioridad, en la sentencia T-421 de 1992, la Corte estudió el caso de un estudiante que solicitó a las directivas del plantel educativo que fuera eximido de las clases de religión y de las prácticas católicas practicadas en esa institución.

Dicha petición no fue atendida por las directivas de la Escuela, sino que por el contrario se empeñaron en inducir al estudiante en los valores morales de la religión católica, al presentar a los padres un plan de “trabajo reeducativo” para el hijo. Este plan fue rechazado por los padres del educando.

En aquella oportunidad la Corporación expuso que obligar al menor a asistir a la referida clase vulneraba su derecho a la libertad de conciencia, razón por la cual procedía el amparo. Sobre el particular la Corte señaló que la libertad de conciencia subsume a una subespecie de ella: La libertad de cultos, esto es, la libertad para profesar o no una cierta religión[23].

En ese sentido, la manifestación de la libertad de conciencia, a través de la libertad religiosa significaba la posibilidad de adjudicar a las personas “la potencia de estar inmune a la coerción tanto de parte de otros hombres como de los poderes del Estado. Por lo tanto, la protección de la libertad religiosa pareciera querer significar que ni se obliga a nadie a obrar contra su propia conciencia ni se le impide actuar conforme a ella, tanto en privado como en público.”[24].

La importancia del fallo expuesto es que la Corte señaló que “el hombre debe hacer aún un esfuerzo para comprender que ese otro es distinto, a veces contrario y, sin embargo, es preciso convivir en el mundo con él. Hay espacio para todos.”[25]. Así las cosas, hay un reconocimiento del otro, la otredad y la alteridad, pero sobre todo un llamado a la tolerancia para poder convivir en paz.

6.2.3 En sentencia T-547 de 1993 se estudió el caso de una persona a quien se le impidió denunciar una conducta punible porque que se negó a prestar juramento legal basado en los mandatos de su religión. En esa oportunidad la Corte expuso que las formalidades no podían imponerse sobre la administración de justicia, mucho menos cuando los rigorismos

desconocían la libertad fundamental de actuar conforme a los dictados de la conciencia. En concepto de esta Corporación:

“La ratio iuris de la libertad de conciencia es la inmunidad de toda fuerza externa que obligue a actuar contra las propias convicciones y que impida la realización de aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento. El derecho a la libertad de conciencia tiene un doble destinatario: de un lado la persona que pretende actuar conforme a su fuero interno y el deber de los demás de respetarle. No existiría una protección integral en la medida en que no se obligue a las demás personas a respetar las opiniones diferentes. Si para los extranjeros existe la posibilidad de utilizar una palabra diferente al juramento cuando se trate de impedimentos relativos a su conciencia, no existe razón alguna para que a los nacionales colombianos no se les permita ejercer el derecho a la libertad de conciencia. Sí existió vulneración del derecho fundamental a la libertad de conciencia, no en forma deliberada, sino en el afán de los funcionarios de cumplir ciegamente con las disposiciones procedimentales, lo que en algunos casos resulta de un rigorismo exagerado.”[26].

A partir de ese pronunciamiento judicial es posible concluir que en algunos casos la administración debe conciliar las prescripciones normativas, con el dictado de la conciencia del destinatario de la norma, máxime cuando la finalidad de las normas puede satisfacerse sin necesidad de emplear acciones coercitivas.

6.2.4 En la sentencia T-393 de 1997, la Corte revisó el caso de una menor de edad que se encontraba en estado de embarazo a quien no le fue renovada la matrícula escolar porque de acuerdo con el manual de convivencia de la institución “el establecimiento educativo dará cupo a estudiantes solteras y sin hijos”, aunado a que las directivas del plantel señalaron que “es contrario claramente a la orientación católica del Colegio, es contrario a la filosofía que inspira la orientación y el colegio no puede cambiar su orientación para satisfacer a una alumna entre 1200”.

Teniendo en cuenta que los jueces de instancia negaron el amparo afirmando que lo mejor para la madre era dejar de asistir a clase toda vez que “después del parto debía brindar cariño y atención a su bebé”[27], la Corte consideró que tal accionar constituía una actitud paternalista, que desconocía la determinación de la accionante y su posición particular

sobre la resolución de los conflictos que implicaban su propio vivir y con ello, se vulneraba su libertad de conciencia.

La importancia de este fallo radica en que la Corte Constitucional expuso que el comportamiento de una persona, así fuese contrario a la filosofía del centro educativo en el que desarrolla su formación educativa, no legitima que las autoridades de esa institución desconozca sus derechos fundamentales “en tanto con su conducta [el individuo] no cause daño a la comunidad estudiantil, la conciencia individual debe estar exenta de imposiciones externas.”[28].

6.2.5 Hasta ese momento la jurisprudencia no había precisado de manera clara las diferencias entre las libertades de conciencia, religión, pensamiento y opinión.

A partir de la sentencia C-616 de 1997, la Corte estableció que cada una de esas garantías era autónoma y por tal razón no era posible confundirlas entre sí. En criterio de la Corporación la libertad de conciencia no guarda relación con un sistema de ideas que pertenecen a una determinada doctrina, como la religión, sino que implica la posibilidad de adoptar decisiones autónomas, guiadas por situaciones concretas de la práctica cotidiana.

En efecto: “la libertad de conciencia se ha distinguido de las libertades de pensamiento y opinión, y también de la libertad religiosa, considerándose que ella no tiene por objeto un sistema de ideas, ni tampoco la protección de una determinada forma de relación con Dios, sino la facultad del entendimiento de formular juicios prácticos en relación con lo que resulta ser una acción correcta frente a una situación concreta que se presenta de facto. En otras palabras, es la facultad de discernir entre lo que resulta ser el bien o el mal moral, pero en relación con lo que concretamente, en determinada situación, debemos hacer o no hacer. Por eso se dice que es un conocimiento práctico.”[29].

De esta manera, la Corte escindió la práctica de la religión con el desarrollo del derecho a la libertad de conciencia, relacionando este último con la autonomía de la voluntad y el ejercicio de la misma, más no con la posibilidad de defender una doctrina establecida.

6.2.6 En la sentencia T-345 de 2002 se estudió el caso de una persona quien manifestó que la universidad en la que desarrollaba sus estudios estaba vulnerando su derecho

fundamental a la libertad de conciencia al obligarle a cursar y participar activamente en la asignatura: ética, a pesar que era ateo.

Para la Corte el accionar de la universidad vulneraba los derechos fundamentales del demandante porque la metodología de la clase implicaba que el estudiante revelara su posición respecto a la religión, así fuera para afirmar que no era creyente, hecho que desconocía la libertad de conciencia frente a la que se expuso que también comprendía la garantía de no ser obligado a revelar sus propias creencias.

6.2.7 En la sentencia C-355 de 2006, la Corte abordó el tema de la objeción de conciencia debido a la inconformidad que algunas entidades prestadoras del servicio de salud manifestaron frente a la obligación de prestar sus servicios para la interrupción voluntaria del embarazo.

En aquella oportunidad la Corte expuso que la posibilidad de objetar en conciencia, entendida como la posibilidad de desconocer una norma de rango legal vigente por motivos relacionados con convicciones personales –esto es, la manifestación positiva del ejercicio de la libertad de conciencia–, sólo podía ser empleada por personas naturales mas no por las entidades en las que trabajan o a quienes representan.

De manera precisa, la objeción de conciencia puede ser definida como la situación en la que se halla la libertad de conciencia cuando algunas de sus modalidades de ejercicio encuentran frente a sí razones opuestas derivadas de una norma imperativa, “cuando la acción que el sujeto considera moralmente obligada se halla jurídicamente prohibida, o cuando la que juzga moralmente prohibida resulta obligatoria para el derecho.”[30].

6.2.8 En la sentencia T-603 de 2012, la Corte estudió el caso de una persona que objetó en conciencia la obligación de prestar el servicio militar obligatorio. Aunque en aquella oportunidad, se negó el amparo solicitado por el accionante, la Corporación reconoció la posibilidad de inaplicar para casos específicos –en los cuales se afectaban convicciones profundas y sinceras– la norma que contempla ese mandato.

Tal fallo es relevante porque el Tribunal Constitucional cambió el precedente establecido en las sentencias T-409 de 1992 y C-511 de 1994, en los que se expuso que no podía existir objeción de conciencia ante ese deber ciudadano, máxime cuando no existía mecanismo

legal para poder ejercer la garantía de oponerse al cumplimiento de la norma.

En la providencia reseñada[31], la Corporación aplicó al caso en concreto, la posición regla establecida en la sentencia C-728 de 2009, que posibilitó el ejercicio de objetar en conciencia, cuando se fundamentaba en convicciones fijas, sinceras y profundas, y que eran exteriorizadas frente una amenaza.

La importancia de la sentencia T-603 de 2012 radica en que la ratio decidendi de ese pronunciamiento constituyó fundamento para casos similares, verbigracia las sentencias T-430 de 2013, T-455 de 2014 y SU-108 de 2016.

6.2.9 A partir de la línea jurisprudencial reseñada se extraen las siguientes conclusiones sobre el derecho de libertad de conciencia:

a. Es la garantía de no ser perturbado en la adopción de decisiones, ante las cuales no pueden anteponerse argumentos netamente cuantitativos, ni preceptos abstractos (como la defensa del orden público), sino que debe analizarse las circunstancias específicas del caso –sentencia T-403 de 1992–.

b. Implica que no sólo existe el otro, la otredad o la alteridad, sino que el hombre debe hacer aún un esfuerzo para comprender que ese otro es distinto, a veces contrario y, sin embargo, es preciso convivir en el mundo con él –sentencia T-421 de 1992–.

c. Su ratio iuris es la inmunidad de toda fuerza externa que obligue a actuar contra las propias convicciones y que impida la realización de aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento. Además, tiene un doble destinatario: de un lado la persona que pretende actuar conforme a su fuero interno y el deber de los demás de respetarle –sentencia T-547 de 1993–.

d. Debe estar exenta de imposiciones externas, cuando la divulgación o práctica de ideas no cause daño a los demás –sentencia T-393 de 1997–.

e. No tiene por objeto la protección de un determinado sistema de ideas. Es hacer lo que el individuo crea que es bueno o malo, en una situación concreta –C-616 de 1997–; también implica que nadie puede ser obligado a revelar sus convicciones y creencias –sentencia T-345 de 2002–.

f. Es exigible por personas naturales más no jurídicas, pues tiene como propósito la materialización de la dignidad humana –sentencia C-355 de 2006–.

g. Cuando su ejercicio implica el desconocimiento de una norma de rango legal adquiere el nombre de objeción de conciencia y se protege cuando se fundamenta en convicciones fijas, sinceras y profundas, las cuales debían ser exteriorizadas ante una amenaza –sentencias T-430 de 2013, T-455 de 2014 y SU-108 de 2016–.

7. La excepción por inconstitucionalidad

7.1 Como expone Alexy: “El derecho no es idéntico a la totalidad de las normas escritas”[32]. Existen contenidos no escritos que hacen parte del derecho, así como normas cuyo contenido es válido por su proceso de creación, pero su eficacia real resulta contraria a principios. En el primer caso, se predica la omisión legislativa, asunto objeto de profundos debates en relación con la función que debe cumplir el juez al encontrarse en esa situación. En el segundo, la discusión se concreta en la conformidad de la norma con el ordenamiento jurídico.

Si bien los asuntos referidos son de gran importancia para el derecho constitucional, la Sala analizará lo relativo al segundo, toda vez que resulta pertinente para resolver los interrogantes que genera el caso objeto de estudio.

7.2 La Constitución es norma de normas (artículo 4º), esto es que tiene un valor preponderante sobre otras fuentes del derecho y que en caso de existir disconformidad entre ésta y cualquier precepto legal deberá darse prevalencia a la Carta Política.

Tal mandato se materializa por medio de dos vías. La primera es la demanda de la norma que se presume contraria a la Norma Superior por medio de un proceso público, que puede decidirse en el Consejo de Estado o en la Corte Constitucional, dependiendo del órgano y las facultades invocadas al momento de proferirse. De prosperar tal pretensión la demanda tendrá efectos erga omnes, esto es que regulará todas las situaciones posibles sobre la totalidad de la población. Sumado al anterior efecto, la decisión judicial asumida hará tránsito a cosa juzgada constitucional (artículo 243 Superior). Sobre el particular la Corte ha

dicho lo siguiente:

“los pronunciamientos de la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable “de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y dilucidados en procesos anteriores, no resulta admisible replantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento de fondo (Sentencia C-310 de 2002)’ De igual manera, el principio de cosa juzgada constitucional tiene como objetivo salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución, además de garantizar los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados.

Como es sabido, las decisiones de control abstracto tienen efectos erga omnes, con carácter obligatorio general; por ende, oponible a todas las personas y autoridades públicas sin ninguna excepción; de lo contrario, esta Corporación no podría llevar a cabo la orientación del proceso normativo superior de la Carta. Ha explicado que la cosa juzgada constitucional es predicable tanto de los asuntos en los que se declara la inexequibilidad o la exequibilidad de la norma y vincula a todas las autoridades, incluida la misma Corte Constitucional.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

7.3 La segunda es la denominada excepción por inconstitucionalidad por la cual un juez o una autoridad administrativa inaplica un precepto normativo, sólo para una situación específica, por lo cual sus efectos se circunscriben únicamente al preciso asunto en que se alega.

La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. [33]

7.4 En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política [34].

8. Carencia de objeto por daño consumado. Reiteración de Jurisprudencia.

8.1 Sobre la carencia actual de objeto por daño consumado la Corte ha expuesto que se presenta cuando no se adoptan a tiempo los correctivos necesarios para el restablecimiento de las garantías fundamentales reclamadas. En ese sentido, “se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela.”[35].

Aunque el objeto de la acción de tutela es la protección efectiva de los derechos fundamentales amenazados, no puede concluirse, sin más, que ante la ocurrencia del hecho que se buscaba evitar, se guarde silencio. La jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que “En estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos. Igualmente, debe informar al demandante o a los familiares de éste, sobre las acciones jurídicas de toda índole, a las que puede acudir para la reparación del daño, así como disponer la orden consistente en compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño. En algunos casos, en los que se ha configurado carencia de objeto por daño consumado, la Corte Constitucional ha dispuesto la imposición de sanciones a los demandados cuya conducta culminó con la vulneración de los derechos fundamentales, de la cual a su vez se derivó el daño”[36].

8.2 En los eventos en los que se configura la carencia actual de objeto, el juez constitucional deberá:

(i) Decidir de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone un análisis y determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales.[37]

(ii) Realizar una advertencia “a la autoridad pública [o particular] para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)” de acuerdo con el artículo 24 del decreto 2591 de 1991[38].

(iii) Si lo considera necesario dependiendo del caso concreto, ordenar compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades correspondientes con el fin de que investiguen y sancionen la conducta que produjo el daño[39].

(iv) Informar al demandante y/o sus familiares de las acciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico que pueden utilizar para la obtener la reparación del daño[40].

(v) Incluso, en la sentencia T-576 de 2008, “en la cual se conoció de la muerte de un niño como consecuencia de la falta de atención médica, se resolvió proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en vista de que no resultaba posible amparar su dimensión subjetiva debido a la configuración de la carencia actual de objeto por daño consumado durante el trámite de la primera instancia. Por tanto, la Sala de Revisión no se limitó a compulsar copias de expediente a las autoridades pertinentes y advertir a la madre del niño sobre las acciones jurídicas respectivas para resarcir el daño, sino que, para proteger la dimensión objetiva del derecho fundamental que encontró vulnerado, ordenó a la EPS demandada (i) colgar una placa en lugar destacado y visible a la entrada de todas sus Clínicas en las que resalte de manera clara y expresa su obligación de proteger en todo momento los derechos constitucionales fundamentales de niñas y niños, (ii) crear un sistema para financiar una beca anual por el lapso de diez años que beneficie la investigación de algún profesional de la medicina del país, sobre temas relacionados con urgencias infantiles, (iii) establecer un Protocolo para la Atención de Urgencias Médicas en sus Clínicas orientado a fijar prioridades así como a exigir efectividad, calidad y rapidez en la atención de los pacientes e instruir respecto del mismo a todo su personal administrativo y médico, y (iv) publicar en dos diarios de amplia circulación nacional un extracto de la sentencia”[41].

8.3 De esta manera, el juez constitucional no puede amparar una violación a los derechos fundamentales como resultado de la consumación del daño, pues ello implicaría avalar situaciones inconstitucionales para las personas, en la medida en que los mandatos superiores quedarían simplemente en el papel.

En ese sentido, el juez debe adoptar medidas para evitar que en el futuro se vuelvan a presentar las situaciones que generaron el desconocimiento de los derechos fundamentales. Dicho de otra manera, “se busca salvaguardar la dimensión objetiva de las garantías fundamentales, las cuales adquieren la composición ontológica de principios, que pretenden su cumplimiento como mandatos de optimización, esto es, su concreción en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas[42]”.

9. Requisitos de procedencia de la acción de tutela

Como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo previsto en la Constitución, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de la cual se desprenda vulneración o amenaza a los mismos; el cual sólo es procedente en la medida en que no se disponga de otro medio eficaz de defensa judicial para salvaguardar los derechos invocados, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para conjurar un perjuicio irremediable, o para hacer cesar un daño que se le viene ocasionando al tutelante.

La Carta, a su vez, dejó en manos del legislador la determinación de los precisos eventos en que la acción de tutela puede dirigirse contra particulares encargados de prestar servicios públicos o ante la grave afectación de un interés colectivo, así como en los casos en que exista una relación de subordinación o indefensión del accionante frente al accionado.

Así, en el artículo 42 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 se definieron aquellos casos en que podía hacerse uso del mecanismo en cuestión para atacar conductas provenientes de particulares[43]. Dentro de estas hipótesis se contempló qué entes privados pueden ser sujetos pasivos de la acción cuando se constate una situación de indefensión y/o subordinación entre quien reclama el amparo y el agente al que se le endilga la violación.

Ello guarda estrecha relación con la cláusula superior de protección preferente a las personas que, por diversas causas, se hallan en una condición de vulnerabilidad que las sitúa en planos de desigualdad frente a sus pares, y de aguda desventaja frente a las autoridades y los demás estamentos.

En línea con lo anterior, este Tribunal ha desarrollado los conceptos de indefensión y subordinación, que habilitan la presentación de la acción de tutela contra particulares, en los siguientes términos:

“La subordinación ha sido entendida por esta Corporación como la existencia de una relación jurídica de dependencia, la cual se manifiesta principalmente entre trabajadores y patronos, o entre estudiantes y profesores o directivos de un plantel educativo. Por su parte, según la jurisprudencia, el estado de indefensión es un concepto de carácter fáctico

que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias que rodean el caso, no le es posible defenderse ante la agresión de sus derechos. Así mismo, la jurisprudencia ha dicho que la indefensión se presenta en aquellas circunstancias en las cuales la persona ofendida carece de medios jurídicos de defensa o también, cuando a pesar de existir dichos medios, los mismos resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.”[44].

Bajo la perspectiva que ofrecen las anteriores consideraciones, la procedencia del mecanismo de amparo ha de concretarse con fundamento en los siguientes presupuestos: (I) que el ente particular en contra de quien se dirige la acción a) preste un servicio público, o b) afecte con su conducta un interés colectivo de forma grave y directa, o c) respecto de él se constate un estado de indefensión o subordinación por parte del peticionario; (II) que no exista otro mecanismo de defensa judicial del derecho cuya vulneración se alega; (III) que a pesar de existir otro medio de defensa, el mismo no sea idóneo o eficaz ante el acaecimiento de un perjuicio irremediable para el tutelante, dedicando singular atención en el caso de personas de especial protección constitucional.

10. Análisis del caso concreto

Como medida inicial, corresponde determinar si se reúnen en el caso bajo estudio los requisitos para la procedencia de la acción de tutela. Agotado el análisis en torno a este aspecto previo, podrá la Corte adentrarse en el escrutinio sobre el fondo de las controversias planteadas.

10.1 Examen sobre el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción

Respecto a la legitimación en causa por activa, el señor Rubén Darío Álvarez Toro interpuso acción de tutela obrando como agente oficioso del ciudadano Diego Alejandro Botero López, quien al momento de interposición del amparo se encontraba afectado psicológicamente y físicamente por el procedimiento de amputación de su miembro inferior izquierdo y por la decisión del laboratorio de patología de la Clínica Las Américas incinerarla.

En criterio de la Corte, la situación descrita habilita al señor Álvarez Toro para exigir la protección inmediata de las garantías más fundamentales del ciudadano Botero López, toda

vez que según el artículo 86 de la Constitución, toda persona puede reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

En lo que concierne a la legitimación en causa por pasiva, encuentra la Sala que: Clínica las Américas, Patología Las Américas S.A., Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Secretaría de Salud de Medellín, pueden ser sujeto pasivo de la acción, pues, el accionante se ubica frente a estas en una situación de indefensión, originada en la posibilidad que tienen esas entidades de disponer de la extremidad amputada al accionante, además de tener la posesión de la misma.

Por otra parte, en cuanto a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial de los derechos invocados, se tiene que el promotor de la acción de tutela agotó los medios ordinarios de defensa al interponer peticiones ante las entidades accionadas, los cuales fueron adversos a sus pretensiones. Aunado a ello, la acción de tutela se interpuso para evitar la incineración de la extremidad amputada, la cual debía hacerse inmediatamente se practicara el procedimiento quirúrgico.

A partir de las consideraciones expuestas, es plausible deducir que en el caso sub examine aparecen reunidos los presupuestos que respaldan la procedencia de la acción de tutela en los términos indicados ut supra, a saber: (i) los particulares contra quienes se enfila la actuación son sujetos frente a los cuales los demandantes se ubican en una situación de subordinación e indefensión, (ii) se agotaron los medios ordinarios de defensa, (iii) al momento de solicitar el amparo la intervención judicial del juez era urgente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por lo tanto, se procederá a escrutar el fondo de la materia, llevando a cabo un análisis singularizado de acuerdo con el esquema trazado al formular el problema jurídico.

10.2 Sobre la procedibilidad material del amparo

De la normatividad aplicable para el manejo de partes del cuerpo retiradas por medio de procedimientos quirúrgicos.

El Decreto 2676 de 2000 y el capítulo 2º del artículo 5º del Decreto 351 de 2014, proferidos

por el Presidente de la República, señalan que los residuos o desechos quirúrgicos son de riesgo biológico infeccioso por tener agentes patógenos como microorganismos, por lo cual son peligrosos ya que pueden causar enfermedades en seres humanos y animales.

Los residuos peligrosos con riesgo biológico, a su vez, se subclasifican en:

“Biosanitarios. Son todos aquellos elementos o instrumentos utilizados y descartados durante la ejecución de las actividades señaladas en el artículo 2° de este decreto que tienen contacto con fluidos corporales de alto riesgo, tales como: gasas, apósitos, aplicadores, algodones, drenes, vendajes, mechas, guantes, bolsas para transfusiones sanguíneas, catéteres, sondas, sistemas cerrados y abiertos de drenajes, medios de cultivo o cualquier otro elemento desechable que la tecnología médica introduzca.

Anatomopatológicos. Son aquellos residuos como partes del cuerpo, muestras de órganos, tejidos o líquidos humanos, generados con ocasión de la realización de necropsias, procedimientos médicos, remoción quirúrgica, análisis de patología, toma de biopsias o como resultado de la obtención de muestras biológicas para análisis químico, microbiológico, citológico o histológico.

Cortopunzantes. Son aquellos que por sus características punzantes o cortantes pueden ocasionar un accidente, entre estos se encuentran: limas, lancetas, cuchillas, agujas, restos de ampolletas, pipetas, hojas de bisturí, vidrio o material de laboratorio como tubos capilares, de ensayo, tubos para toma de muestra, láminas portaobjetos y laminillas cubreobjetos, aplicadores, citocepillos, cristalería entera o rota, entre otros.

De animales. Son aquellos residuos provenientes de animales de experimentación, inoculados con microorganismos patógenos o de animales portadores de enfermedades infectocontagiosas. Se incluyen en esta categoría los decomisos no aprovechables generados en las plantas de beneficio.”[45].

De conformidad con la normatividad expuesta, la extremidad amputada al accionante constituye un residuo anatomopatológico, sobre el cual la misma disposición legal, en el artículo 12, establece un procedimiento para su desactivación –esto es, la forma en que debe tratarse para que no genere riesgos para la salubridad pública–:

“Artículo 12. Tratamiento de residuos o desechos peligrosos con riesgo biológico o infeccioso. En el Manual para la Gestión Integral de Residuos Generados en los Servicios de Salud y otras Actividades se establecerán los procedimientos y requisitos que se deben tener en cuenta al momento de realizar el tratamiento de los residuos con riesgo biológico o infeccioso, con el fin de garantizar la desactivación o eliminar la característica de peligrosidad, evitando la proliferación de microorganismos patógenos.”[46].

Teniendo en cuenta la remisión que el artículo 12 del Decreto 351 de 2014, establece, debe consultarse el numeral 8.2.3 del Manual para la Gestión Integral de Residuos Generados en los Servicios de Salud y otras Actividades, el cual dispone:

“8.2.3. DESACTIVACIÓN DE RESIDUOS ANATOMOPATOLÓGICOS

Previo a su almacenamiento central de residuos pueden desactivarse aquellos residuos anatomopatológicos provenientes de procedimientos con microorganismos del grupo de riesgo 2 y 3 mediante autoclave, para aquellos residuos altamente infecciosos se deberá evitar retirar de las áreas respectivas sin realizar este procedimiento.

Posteriormente, estos residuos deben estar congelados a una temperatura mínima de -4°C para evitar el derramamiento de líquidos, y entregarse en este estado a la empresa encargada del transporte y tratamiento final (incineración)[47].

Como plan de contingencia en casos donde se requiera almacenamiento de este tipo de residuos por un periodo igual o superior a 7 días y que no se cuente con congelador o gel solidificante para contener derrames, se deberá inactivar sumergiendo en desinfectante (Glutaraldehído, peróxido de hidrógeno, etanol o yodo) al 30% en un tiempo no inferior a 30 minutos con la utilización de elementos de protección personal: máscara de cara completa con respirador, guantes mosquetero tipo industrial, botas plásticas y bata anti fluidos o delantal plástico PVC.”.

De conformidad con el marco legal expuesto, la extremidad amputada al señor Diego Alejandro Botero López, es un residuo anatomopatológico cuyo destino usual es la incineración. Para la Corte es claro que existe disposición normativa aplicable al caso objeto de estudio. La determinación de desactivar los restos humanos generados por la práctica de intervenciones quirúrgicas corresponde a la protección de la salubridad pública, pues tales

productos representan un riesgo sobre la salud humana y animal[48].

Sin embargo, vale la pena preguntarse ¿qué sucede cuando una disposición legal razonable –como aquella que dispone el procedimiento para desactivar los residuos humanos generados por procedimientos quirúrgicos– entra en conflicto con lo que una persona considera que es el bien moral, o, en otras palabras, lo que su conciencia le indica que debe hacer?

10.3 La razón de ser de las normas es el cumplimiento de su finalidad, la cual debe obedecer a la dignificación del ser humano.

Es evidente que el asunto propuesto genera tensión entre los principios de libertad –de conciencia– y solidaridad –salubridad pública–. Sin embargo, no se trata de examinar cuál de ellos debe prevalecer o se antepone. Es una práctica común efectuar ponderaciones de manera indiscriminada aunque su resultado sea la imposición de un derecho sobre otro. Es necesario tener en cuenta que tal herramienta argumentativa debe ser empleada como ultima ratio debido a los costes que genera sobre la justicia.

Antes de proceder a la cualificación del peso abstracto de un principio, en una determinada situación, deben explorarse alternativas que maximicen los resultados obtenidos por las partes en conflicto.

Uno de los caminos para resolver controversias sobre aspectos sustanciales del Derecho, es el consenso. Ello implica como condición necesaria el reconocimiento de la validez de los argumentos de quienes debaten la titularidad de un derecho.

En ese sentido, la comprensión que tiene el accionante sobre la vida debe ser respetada por el ordenamiento legal. Su reconocimiento como interlocutor válido implica que no pueden anteponerse argumentos abstractos como “la salubridad pública” (sentencia T-403 de 1992), sino que debe determinarse hasta qué punto su conducta lesiona un bien social.

En el Estado colombiano es un imperativo el reconocimiento de la alteridad. Así las cosas, no es un acto de buena voluntad la tolerancia y el respeto a las personas y a sus convicciones, sino que es un deber cuyo desconocimiento puede ser sancionado por desconocer la igualdad que todos y todas tenemos para actuar. Por ello, la administración

también está llamada a respetar la otredad –sentencia T-421 de 1992– y tal accionar implica buscar soluciones para garantizar los derechos fundamentales –sentencia T-547 de 1993–.

Ahora bien, reconocer que el señor Botero tiene derecho a pensar y actuar diferente, implica que tiene derecho a disentir sobre las prescripciones normativas que le obliguen a actuar en contra de su conciencia.

Tal disentiimiento, en el fuero interno de la persona, es un asunto que no le compete al Derecho, pero su manifestación y exteriorización por medio de conductas es un hecho relevante. El cumplimiento de las leyes no es un asunto de gustos, sino una obligación real. Sin embargo como expone Alexy, no hay obligatoriedad de cumplir un mandato injusto pues el juez que ordene ello, estaría profiriendo no derecho[49] –“El no-derecho impuesto que viola manifiestamente los principios constitutivos del derecho no se vuelve derecho por ser aplicado u obedecido.”[50].

Entonces, resulta claro que la persona puede apartarse del derecho injusto, pero ¿Qué hay del desacatamiento de una norma justa –en el entendido de tener una finalidad plausible para el derecho y conforme a la dignidad humana? En ese evento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expuesto que tal apartamiento de la norma se protege cuando se fundamenta en convicciones fijas, sinceras y profundas –sentencias T-430 de 2013, T-455 de 2014 y SU-108 de 2016– y se denomina objeción de conciencia. No sobra señalar que tal objeción no puede desconocer el paradigma actual del Derecho: los derechos humanos.

La eficacia de la objeción de conciencia se manifiesta en la posibilidad de oponerse al cumplimiento de un mandato legal. Como se expuso en las consideraciones, tratándose de casos en concreto –esto es, en asuntos particulares en los que no se pretende que las decisiones tengan efectos erga omnes– la pretensión de la inaplicación de la disposición legal adquiere el nombre de excepción por inconstitucionalidad.

Como la labor natural del juez es el cumplimiento de la ley, entonces, debe tener en cuenta la finalidad de la misma, al momento de analizar si debe inaplicar la misma. La Sala precisa que el objeto de las normas sustanciales y de los procedimientos para su materialización es la concreción de los derechos fundamentales.

Determinar el propósito de la norma es determinante, pues sólo ante el evento en que una actuación particular fundamentada en la libertad de conciencia pretenda que una norma sea inaplicada y producto de ello la disposición legal no cumpla con su finalidad, el juez deberá ponderar cual principio tiene un peso mayor y de esta manera adjudicar el derecho que corresponda.

Por ende no todo desacuerdo en el derecho se resuelve con la metodología de la ponderación, sino que está sería la ultima ratio cuando es imposible conciliar dos principios. Antes de determinar la prevalencia de un principio, o su superposición respecto a otro, sería pertinente explorar alternativas como el conceso o la negociación, que pueden resultar vías útiles, válidas y eficaces para garantizar la materialización de los derechos fundamentales.

Y es que sería incorrecto realizar una ponderación cuando no existe una colisión real entre dos principios. Si la finalidad que contempla una norma puede cumplirse con una medida alternativa, que al mismo tiempo maximice la satisfacción de los derechos fundamentales y la búsqueda de la dignidad humana, debe optarse por tal medio.

Con ello no se pretende indicar que la ponderación sea una medida ineficaz para la pretensión de corrección y la solución de problemas relacionados con juicios concretos sobre el deber ser. Por el contrario, tal metodología es pertinente para resolver las colisiones entre principios y establecer un orden de prelación entre los mismos para garantizar derechos fundamentales.

De esa manera, la metodología de la ponderación cumple un papel determinante, por adecuada, cuando no es posible reconciliar dos principios. En ese sentido, puede señalarse que no debe aplicarse de manera apresurada sino que es una medida límite para la resolución de casos difíciles.

Descendiendo al caso sometido a la revisión de la Sala, debe determinarse si la solicitud efectuada por el accionante es contraria a la finalidad de la norma para la desactivación de residuos anatomopatológicos y si la tensión entre el ejercicio de su libertad de conciencia es irreconciliable frente a la salubridad pública.

Para resolver el interrogante planteado, debe señalarse, que la plastinación es un

procedimiento técnico de preservación de material biológico, creado por el artista y médico científico Gunther von Hagens en 1977[51], que consiste en extraer los líquidos corporales como el agua y los lípidos por medio de solventes como acetona fría y tibia para luego sustituirlos por resinas elásticas de silicona y rígidos de epóxicas[52]. Esta técnica presenta las siguientes ventajas: “No es necesario ningún sistema de conservación para especímenes plastinados, sólo se han de mantener alejados de la luz solar directa y cuando no estén expuestos se han de proteger en bolsas o vitrinas. La coloración se aproxima a lo natural, aunque esto dependerá de la mezcla de embalsamar que se haya utilizado para conservar el tejido. Dota de una rigidez a las disecciones que alarga la duración de las mismas y permite mayor manipulación”[53].

Según el Museo de la Ciencia de la Universidad Autónoma de México, la plastinación tiene “propósitos educativos y de instrucción”[54]. El producto de los elementos sometidos al proceso de plastinación no parece representar peligro alguno para la salubridad pública, más bien la controversia que suscitan tiene relación con aspectos éticos, morales y religiosos[55]. En estricto sentido, el argumento presentado por las entidades accionadas no tiene en cuenta la alternativa que el accionante señala para poder conservar su extremidad y al mismo tiempo cumplir con la finalidad de proteger la salubridad pública.

Así las cosas, las accionadas no reconocieron al señor Botero López como interlocutor válido, sino que se limitaron a citar disposiciones legales, sin tener en cuenta su propósito y la posible restricción a la libertad de quien les hiciera una petición basada en sus convicciones, tal accionar desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional de manera concreta la establecida en sentencia T-421 de 1992 (regla b, supra 6.2.9).

Esto lleva a la Sala a cuestionar la actuación de las demandadas quienes poco o nada hicieron para garantizar el derecho fundamental de libertad de conciencia del señor Botero López. Es determinante el hecho, que las objeciones presentadas por las entidades accionadas no se refirieran a las incertidumbres científicas que pudieran existir en el proceso de plastinación o la complejidad técnica que ello pudiera tener, sino que se limitaron a repetir el contenido de la norma que regula el proceso de desactivación de los residuos humanos generados en procedimientos quirúrgicos, suscitando con ello que la voz del accionante y su pretensión de protección de sus derechos fundamentales cayera en el vacío.

Así las cosas, la actuación de la entidad demandada no tuvo en cuenta que la petición del demandante era importante para su vida y tal como se puede apreciar en el escrito de tutela estaba orientada por convicciones fijas y profundas relativas a su vida futura. En ese aspecto puede concluirse que la accionada no tuvo en cuenta el proyecto de vida del actor, sino que restó importancia a la decisión que este había adoptado razón por la cual desconoció sus garantías ius fundamentales de conformidad con las sentencias T-430 de 2013, T-455 de 2014 y SU-108 de 2016 (regla g, supra 6.2.9).

Debe reconocerse la actividad desplegada por el juez que conoció de la acción de tutela, quien ejerció una labor investigativa y proactiva para la defensa de los derechos fundamentales del accionante. Sin embargo, ante la falta de disposición legal que le permitiera amparar el derecho a la libertad de conciencia debió optar por inaplicar la norma que disponía la incineración de la extremidad amputada al señor Botero López, haciendo uso de la excepción por inconstitucionalidad y buscar una salida armónica que garantizara la libertad del demandante, así como la protección de la salubridad pública.

En ese sentido, la Sala concluye que es posible objetar en conciencia el cumplimiento de las normas que reglamentan la gestión integral de los residuos generados en la atención en salud y otras actividades, cuando éstas limitan la libertad de conciencia teniendo como fundamento razones serías, fijas y profundas.

En ese sentido, al señor Botero López le asiste razón en el reclamo presentado, toda vez que las actuaciones desplegadas por las entidades accionadas desconocieron su derecho fundamental a la libertad de conciencia.

Sin embargo, la Sala ha sido informada que luego de proferida la sentencia de primera instancia y antes de que el proceso objeto de estudio llegara a la Corte Constitucional para su revisión, la entidad Patología Las Américas S.A.S. “destinó la extremidad inferior amputada del paciente DIEGO ALEJANDRO BOTERO LÓPEZ a la incineración.”[56].

En criterio de esta Sala, la incineración de la extremidad amputada al señor Botero López ha generado un daño consumado, esto es, que tuvo lugar un hecho que vulneró los derechos fundamentales del accionante, el cual se buscaba evitar con la interposición de la acción de tutela.

Sin embargo, estas circunstancias no pueden constituir óbice para que la Corte declare que las entidades accionadas vulneraron el derecho fundamental a la libertad de conciencia del señor Botero López y siente jurisprudencia para que este hecho lamentable no tenga lugar nuevamente.

Como la naturaleza de la acción de tutela no es indemnizatoria, la Sala no impartirá órdenes con ese propósito. No obstante, ello no implica que el accionante pueda solicitar la misma ante el juez competente, teniendo en cuenta los daños morales que la situación pudo haberle generado.

De otra parte, la Sala considera necesario que las entidades que prestan un servicio público adopten políticas para el respeto de la diferencia. Reconocer que las personas con quienes convivimos tienen derecho a creer, pensar y actuar distinto a la mayoría, es un paso importante para la consolidación de un Estado Social de Derecho.

Por ello, se ordenará que las entidades que presten servicios de salud informen a sus usuarios sobre alternativas para la destinación de los residuos generados por la atención médica, en los casos en que el paciente formule objeción de conciencia. Se recuerda que tales opciones no pueden afectar la salubridad pública.

A su vez, ordenará a las entidades accionadas que presenten disculpas al señor Diego Alejandro Botero López, en una ceremonia pública por la decisión que adoptaron frente a la petición que les fue presentada, aun cuando su ejecución podía generar un daño irreparable como efectivamente sucedió.

11. Síntesis de la decisión

La Sala Octava de Revisión examinó el caso de una persona que solicitó a un laboratorio de patología –Patología Las Américas S.A.– y a la administración –Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Secretaría de Salud de Medellín–, la devolución de la extremidad inferior izquierda que le había sido amputada en un procedimiento quirúrgico. El propósito del demandante era realizarle un proceso de plastinación para que fuera inhumada con posterioridad junto con la totalidad de su cuerpo al momento de su muerte, pues su convicción íntima –la cual asocia al ejercicio de su religión– es que la totalidad de sus restos mortales deben reposar completos.

La clínica donde se practicó el procedimiento quirúrgico se negó a entregarle el miembro amputado, con base en el Decreto 351 de 2014 que ordena la incineración de ese tipo de residuos por considerarlos peligrosos para la salud humana y animal. Ante esa negativa el señor Botero López interpuso acción de tutela, la cual fue adversa a sus pretensiones, con fundamento en la ponderación que efectuó el juez de instancia, quien consideró que no podía arriesgarse la salubridad pública por proteger los derechos del demandante.

Al momento de efectuar la revisión del caso, la Corte tuvo conocimiento que la extremidad amputada ya había sido incinerada. No obstante, consideró que debía pronunciarse sobre el caso objeto de estudio, pues no existía precedente sobre la materia.

Para resolver el asunto propuesto la Sala expuso que, sin perjuicio de los motivos religiosos aducidos por el actor, el asunto generaba una tensión entre los principios de libertad de conciencia y salubridad pública. Lo anterior, porque existe controversia entre la posición expuesta por el ciudadano Diego Alejandro Botero López y el código de derecho canónico de la iglesia católica.

La Sala debía verificar si en el caso en concreto la limitación sobre la libertad de conciencia estaba respaldada por una finalidad constitucional. Para determinarlo analizó: (i) la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el ejercicio de la libertad de conciencia; y (ii) la excepción de inconstitucionalidad.

La Sala determinó que si bien existe un marco legal para la disposición final de residuos generados por servicios médicos en el Decreto 351 de 2014, debe tenerse en cuenta que el mismo obedece a la finalidad de proteger la salubridad pública. En ese sentido, se propuso resolver si el procedimiento de plastinación propuesto por el accionante estaba en contra del propósito de la norma.

Luego de efectuado el estudio concluye que el proceso de plastinación no ponía en peligro la salubridad pública, razón por la cual los procedimientos expuestos por las entidades accionadas no fueron adecuados. Sin embargo, el reproche que efectúa la Sala no se limita a ello, sino que incluye el desconocimiento del accionante como interlocutor válido, pues jamás se tuvo en cuenta su pretensión ni los fundamentos que aportó para que prosperara.

En ese sentido, la Sala de Revisión señala que podía llegarse a un acuerdo sobre el procedimiento que debía realizarse para la desactivación de la extremidad amputada, que garantizara la salubridad pública y a su vez respetara las convicciones del señor Botero López. Sin embargo, tal proceso de diálogo nunca se dio, toda vez que las demandadas procedieron a la incineración del miembro amputado al accionante.

Dadas las circunstancias la Sala declara la carencia actual de objeto por daño consumado. Simultáneamente determina que las demandadas vulneraron el derecho a la libertad de conciencia del accionante y ordena a las entidades que presten servicios de salud informen a sus usuarios sobre alternativas para la destinación de los residuos generados por la atención médica, en los casos en que el paciente objete en conciencia sobre su disposición final o incineración, teniendo en cuenta que tales opciones no pueden afectar la salubridad pública.

Finalmente, ordena, en protección del derecho fundamental a la libertad de conciencia, que las entidades accionadas presenten disculpas al señor Diego Alejandro Botero López, en una ceremonia pública por la decisión que adoptaron frente a la petición que les fue presentada, aun cuando su ejecución podía generarle un daño irreparable como efectivamente sucedió.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia del tres (3) de febrero de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Medellín, que negó la tutela de los derechos reclamados por el actor-. En su lugar, DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO, toda vez que se consolidó el hecho que se pretendía evitar con la interposición de la acción de tutela de la referencia.

Segundo.- ADVERTIR a las entidades que prestan el servicio de salud, que los usuarios del

sistema pueden objetar en conciencia sobre la disposición final de residuos anatomopatológicos, situación ante la cual deberán inaplicar el artículo 12 del Decreto 351 de 2014 y el numeral 8.2.3 del Manual de Gestión Integral de Residuos Generados en los Servicios de Salud, con el propósito de proteger el derecho de la libertad de conciencia, adoptando medidas razonables, que eviten igualmente someter a riesgo o peligro la salubridad pública.

Tercero.- ORDENAR a las entidades Clínica las Américas, Patología Las Américas S.A., Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la Secretaría de Salud de Medellín, que en el término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten disculpas en una ceremonia pública al ciudadano Diego Alejandro Botero López, por la decisión que adoptaron frente a la petición que les fue presentada, en el sentido de devolver la extremidad inferior izquierda que le fue amputada en un procedimiento quirúrgico.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-507/16[57]

MANEJO DE PARTES DEL CUERPO RETIRADAS POR MEDIO DE PROCEDIMIENTOS QUIRURGICOS-No considero idónea ni indispensable la medida de reparación adoptada en el fallo sobre presentar disculpas en una ceremonia pública al accionante (Salvamento parcial de voto)

Medidas simbólicas de reparación como la decretada, más allá de una lección a quien desconoció un derecho, tienen el sentido de hacer conciencia a la colectividad o a la sociedad en general sobre masivas violaciones de derechos humanos o sobre prácticas sociales que vulneran derechos fundamentales (discriminatorias, por ejemplo), en las que la comunidad está concernida de manera inmediata, con el objeto de que se prevengan y no vuelvan a suceder. Por lo anterior, su utilización en casos como el presente, que no guardaba ninguna relación con violaciones sistemáticas o socialmente difundidas de derechos fundamentales, en mi opinión, hace perder en gran parte sentido a esa clase de determinaciones.

JUICIO DE PONDERACION O RAZONABILIDAD-Jurisprudencia constitucional (Aclaración de voto)

JUICIO DE PONDERACION O RAZONABILIDAD-No es equivalente a dejar neutralizada en todos los casos la satisfacción de un derecho, para garantizar el cumplimiento pleno del otro (Aclaración de voto)

SALUBRIDAD PUBLICA FRENTE AL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA-Caso en que se planteaba un conflicto entre dos derechos constitucionales fundamentales (Aclaración de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Octava de Revisión de la Corte, me permito exponer las razones por las cuales salvo parcialmente y aclaro el voto dentro de la Sentencia T-507 de 2016.

Creo que las entidades efectivamente fueron tajantes en el cumplimiento de las normas administrativas y no se detuvieron a examinar el menoscabo al derecho fundamental que estaban ocasionando. Sin embargo, medidas simbólicas de reparación como la decretada, más allá de una lección a quien desconoció un derecho, tienen el sentido de hacer conciencia a la colectividad o a la sociedad en general sobre masivas violaciones de derechos humanos o sobre prácticas sociales que vulneran derechos fundamentales (discriminatorias, por ejemplo), en las que la comunidad está concernida de manera inmediata, con el objeto de que se prevengan y no vuelvan a suceder.

Por lo anterior, su utilización en casos como el presente, que no guardaba ninguna relación con violaciones sistemáticas o socialmente difundidas de derechos fundamentales, en mi opinión, hace perder en gran parte sentido a esa clase de determinaciones. Por supuesto que se produjo una lesión importante a un derecho fundamental y que la misma debe prevenirse en el futuro, pero estimo que para lograr ese efecto era suficiente un enérgico llamado de atención a las accionadas para que, cuando se invoquen razones de conciencia, con evidencias de sinceridad, la entidad proceda conforme al modo en que, según la sentencia, advierte que debieron hacerlo en este caso.

Por lo anterior, salvo parcialmente el voto dentro de la sentencia. Paso ahora a exponer las razones de mi desacuerdo con algunos de los fundamentos, que me llevan a aclarar el voto.

2. Para resolver el conflicto entre la libertad de conciencia y otros bienes constitucionales, pese a cierta ambigüedad, el fallo afirma abandonar la metodología justificatoria de la ponderación y, en su lugar, acoger la concepción del consenso y la negociación como vías útiles para garantizar la materialización de los derechos fundamentales. A partir de este último punto de vista, refiere que en el presente caso la salida armónica consistía en consultar los derechos del objetor de conciencia y la protección de la salubridad pública, por lo que las autoridades debieron entregar al paciente la extremidad amputada, dado que la sometería a plastinación y este procedimiento, según la sentencia, neutraliza los riesgos contra la salud pública.

Sin necesidad de considerar que la ponderación, desde el plano de la “corrección” de la decisión, es inobjetable para resolver todos los casos de conflictos entre derechos, la

providencia no muestra cómo se pueden derivar herramientas prácticas del enfoque filosófico que sugiere, aplicables y con mayor capacidad para garantizar los derechos fundamentales comprometidos. Además, se requería por lo menos una fundamentación teórica mínima y suficiente, no solo para obtener lo anterior, sino en orden a justificar la utilidad de ese otro modo de ver las cosas y el hecho de apartarse de un procedimiento reiteradamente empleado por la Corte y con un instrumental ya desarrollado.

La perspectiva teórica que propone la sentencia podría proporcionar recursos metodológicos interesantes para la adopción de juicios prácticos, de manera mucho más evidente e inmediata, en el control constitucional, pero, en las decisiones de tutela, su aplicación requería una rigurosa elaboración de herramientas que la sentencia obvia por completo. Además, el fallo no logra superar el hecho evidente de que la ponderación parece ser en este caso el procedimiento más propicio para resolver el conflicto entre derechos. Aunado a esto, resulta contradictorio, por decir lo menos, que se haga referencia frecuente a los trabajos de Alexy y, al mismo tiempo, se impugne su metodología para resolver las mencionadas colisiones entre derechos.

Desde otro punto de vista, creo que no se puede pasar por alto que las soluciones armónicas o de compromiso que se proponen, con apoyo en la idea teórica del consenso y la negociación, no son ajenas a la ponderación, como metodología general. Si dos derechos en conflicto, al final pueden ser satisfechos con ciertas restricciones, hay una solución de compromiso, alcanzada mediante la ponderación, como lo muestra Luis Prieto Sanchís en el texto citado en la sentencia (notas 34 y 36 del artículo del autor). En mi criterio, la ponderación no es equivalente a dejar neutralizada en todos los casos la satisfacción de un derecho, para garantizar el cumplimiento pleno del otro.

En consecuencia, con las eventuales debilidades que pueda presentar, me parece que la ponderación permitía mejores resultados en términos de justificación de la decisión, por lo menos en esta ocasión.

3. En la solución del caso, considero que era importante, como lo sugerí durante la discusión del proyecto de fallo, constatar que estuviera mínimamente probado que las convicciones del accionante eran sinceras y profundas y habían sido exteriorizadas y que representaban un razonable y protegible ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, conforme a lo

indicado por la jurisprudencia. Sin embargo, de tal manera no se procedió. Por otro lado, me parece sumamente discutible e inconsulta la razón que el fallo expone para sustentar la inexistencia de la vulneración a la salud pública.

Estimo que la Corte no debe entrar a analizar y dirimir cuestiones tan técnicas como la de si la platinación de materiales biológicos es idónea, o no, para neutralizar los peligros que aquellos pueden comportar a la salud pública. Sin conceptos de expertos o información sólida y solo con base en documentos publicados en Internet, como se hace en el fallo, me parece absolutamente arriesgado fundar la decisión de que un bien constitucional como la salud pública no se ve expuesto a vulneraciones.

En este caso, lo relevante es que para evitar los riesgos de infecciones y enfermedades, los expertos de las instituciones demandadas, encargados de la manipulación y el manejo de los citados elementos, estaban en posibilidad de brindar acompañamiento, asesoría y apoyo técnicos al paciente, a fin de que este lograra darle la destinación deseada a los materiales biológicos, con las medidas adecuadas para descartar los citados riesgos. Si la platinación u otro procedimiento era el adecuado para dicho fin era algo que aquellos tenían que definir, no la Corte.

4. Por último, discrepo de la tesis, según la cual, las accionadas debieron recurrir necesariamente a la excepción de inconstitucionalidad para garantizar el derecho del peticionario. El debate que planteaba el caso consistía en un conflicto entre dos derechos constitucionales fundamentales, de manera que las entidades podían haber aplicado directamente el principio de la libertad de conciencia, obviamente también con base en el artículo 4º C.P. sobre la supremacía constitucional, pero sin estricta necesidad de recurrir a la citada técnica de la excepción. Esta es utilizada en casos concretos, pero cuando la norma parece también exhibir visos de inconstitucionalidad en el plano abstracto, lo cual no ocurría en este caso.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Folio 18.

[2] Folio 45.

[3] Ibíd.

[4] Folio 46

[5] Ibíd.

[6] Folio 47.

[7] Folio 47.

[8] Folio 49.

[9] Ibíd.

[10] Cuaderno Corte Folio 19.

[11] Así lo prescribe el párrafo final del inciso 3º del canon 1176 del Código de Derecho Canónico: “sin embargo [la iglesia], no prohíbe la cremación, a no ser que haya sido elegida por razones contrarias a la doctrina cristiana.”.

[12] Supra capítulo II, numeral 2º.

[13] Tales teorías pretenden un Estado mínimo que sólo garantice la protección a los contratos y garantice el libre mercado, en el cual la mano invisible optimizaría las relaciones sociales sin que deban realizarse intervenciones estatales para la redistribución del ingreso. Como principales teóricos de tal postura puede consultarse: (i) HAYEK, F. (1944). The road to serfdom. Chicago y Londres: Universidad de Chicago Press/Routledge; o (ii) NOZICK, R. (1988). Anarquía, Estado y Utopía. Nueva York: Fondo de cultura económica.

[14] Entre los teóricos más relevantes pueden encontrarse Thomas Hobbes, John Locke y John Rawls.

[15] “La tolerancia, precursora de la libertad religiosa, será el primer derecho fundamental que se formula con carácter moderno”. PECES BARBA, Gregorio. Historia de los Derechos

Fundamentales. Tomo I. Libro I. Capítulo primero. Tránsito a la modernidad. Dykinson. Instituto de Derechos Humanos: Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. España. 2001. Pág. 23.

[16] PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica. Editorial Trotta. 2013. Madrid. Pág. 277.

[17] De ahí que algunos hablen del carácter genérico de la libertad de creencias frente a las demás “libertades públicas especializadas”. (J.R. Polo Sabau, ¿Derecho Eclesiástico del Estado o libertades públicas?, Universidad de Málaga, 2002, pp. 68 ss.).

[18] Por ejemplo PRIETO SANCHIS, Luis. Óp. Cit. Considera que la libertad religiosa resulta por completo equivalente a la libertad de conciencia. Pág. 278.

[19] Cfr. Sentencia T-403 de 1992.

[20] Sentencia T-403 de 1992.

[21] Cfr. Sentencia T-403 de 1992.

[22] Ibíd.

[23] Al respecto la providencia señala: “el último soporte constitucional de la libertad de cultos, desde luego, es la libertad de conciencia, como quiera que aquélla es una manifestación o especie de ésta.”.

[24] Sentencia T-421 de 1992.

[25] Ibíd.

[26] Sentencia T-547 de 1993.

[27] Ibíd.

[28] Sentencia T-393 de 1997.

[29] Sentencia C-616 de 1997.

[30] PRIETO SANCHIS, Luis. Óp. Cit. Pág. 279.

[31] T-603 de 2012.

[32] ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. PECES BARBA, Gregorio. El problema del positivismo jurídico. Gedisa. Barcelona – España. Pág. 18.

[33] Sentencia T-389 de 2009.

[34] Sentencia SU-132 de 2013.

[35] Sentencia T-170 de 2009.

[36] Sentencia T-170 de 2009 MP: Humberto Antonio Sierra Porto

[37] Sentencias T-803 de 2005, T-758 de 2003, T-873 de 2001, T-498 de 2000, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995, entre otras.

[38] Sentencias T-803 de 2005, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995.

[39] Sentencias T-461 de 2011, T-808 de 2005, T-662 de 2005, T-980 de 2004, T-288 de 2004, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998.

[40] Sentencias T-170 de 2009 y T-576 de 2008.

[42] Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Editorial Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Madrid, 1993. En palabras de Alexy, este es el resultado de excluir los elementos subjetivos de la estructura de los derechos humanos: (A) titular del derecho; (B) sujeto obligado; (C) situación jurídica fundamental. En efecto, la dimensión objetiva de los derechos humanos se concentra en el estudio de los mandatos de actuación de las autoridades y los particulares, así como en el deber de protección a todos los titulares de la Constitución, en otras palabras es la prescripción normativa pura del contenido esencial del derecho.

[43] Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.

Sentencia C-134 de 1994.

Declarar EXEQUIBLE el numeral 1o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.

Sentencia C-134 de 1994.

Declarar EXEQUIBLE el numeral 2o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

3. Cuando aquel contra quien se hubiera hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.

5. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.

6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en

ejercicio del habeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.

Sentencia C-134 de 1994.

Declarar EXEQUIBLE el numeral 9o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “la vida o la integridad de”.

[44] Sentencia T-015 de 2015, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

[45] Énfasis agregado. Decreto 351 de 2014.

[46] Énfasis agregado.

[47] Énfasis agregado.

[48] Ver Decreto 351 de 2014.

[49] Al respecto el Tribunal Constitucional Alemán ha señalado: “(...) El tribunal Constitucional federal ha afirmado que hay que negar a las disposiciones ‘jurídicas’ nacionalsocialistas la validez como derecho porque contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho.”. (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198).

[50] ALEXY, Robert. Óp. Cit. Pág. 16.

[51] http://www.bodyworlds.com/en/plastination/plastination_process.html

[52] Weiglein, A. H. (2005). «Overview & General Principles of the Plastination Procedures. 8th Interim Conf Plast (Ohrid).

[53] <http://surgicaltraining.es/plastination/> Tomado de la Web el 26 de Agosto de 2016.

[54] <http://www.universum.unam.mx/bodyworlds/mx/vital/plastinacion>. Tomado de la Web el 26 de Agosto de 2016.

[55] Weiglein, A. H. (2005). «Overview & General Principles of the Plastination Procedures. 8th Interim Conf Plast (Ohrid).

[56] Cuaderno Corte Folio 19.

[57] M. P.: Alberto Rojas Ríos.